

University of Groningen

Verkrijgende verjaring, terugwerkende kracht en bekrachtiging

Jansen, J.E.

Published in:
Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Jansen, J. E. (2015). Verkrijgende verjaring, terugwerkende kracht en bekrachtiging. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, 32, 1-27. <http://ugp.rug.nl/grom/article/view/27022/24452>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Verkrijgende verjaring, terugwerkende kracht en bekrachtiging

1 Verkrijgende verjaring: *ex nunc* of *ex tunc*?

Als het bezit van een zaak en de eigendom ervan in verschillende handen raken, brengt de figuur van de verkrijgende verjaring ze uiteindelijk weer bijeen. Het Nederlandse recht kent twee varianten van verkrijgende verjaring: de bezitter te goeder trouw verkrijgt na drie (roerende zaken) of tien jaar (overige goederen) onafgebroken bezit het recht dat zijn bezit weerspiegelt (art. 3:99). De bezitter die niet te goeder trouw is, wordt rechthebbende als hij het goed bezit op het ogenblik dat de eigenaar de rechtsvordering waarmee hij tegen de bezitter op kan treden door bevrijdende verjaring verliest (art. 3:105). De eigenaar verliest zo'n rechtsvordering als hij gedurende twintig jaar heeft nagelaten op te treden tegen de bezitter (art. 3:306). Werkt een verkrijging door verjaring terug tot het ogenblik van bezitsverkrijging, of vindt zij *ex nunc* plaats als de verjaringstermijn verstrijkt? Is de bezitter anders gezegd achteraf gezien al rechthebbende geweest toen de verjaringstermijn begon te lopen, of wordt hij rechthebbende op het ogenblik dat de verjaringstermijn verstrijkt? De Nederlandse literatuur is verdeeld over het antwoord op deze vraag. Volgens Van Schaick volgt terugwerkende kracht tot het ogenblik van bezitsverkrijging uit de ratio van het leerstuk verkrijgende verjaring.¹ Verkrijgende verjaring wil de rechtszekerheid vergroten en doet dat door bezit en recht met terugwerkende kracht te herenigen. Hij wijst er daarnaast op dat de terugwerkende kracht van verkrijgende verjaring in vele stelsels wordt aangenomen. Hij noemt bijvoorbeeld het Franse, Belgische, Italiaanse en het Portugese recht. Van Es meent juist dat terugwerkende kracht niet volgt uit de ratio van het leerstuk: de verkrijgende verjaring verheft een bepaalde feitelijke toestand tot recht die gedurende een zekere tijd heeft bestaan. Dat gebeurt pas als die feitelijke toestand gedurende de verjaringstermijn heeft bestaan.² Verkrijgende verjaring werkt dus *ex nunc*.

Werkt een verkrijging door verjaring terug tot het ogenblik van bezitsverkrijging of vindt

-
- 1 A.C. van Schaick, Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap, Monografieën Nieuw BW, Deventer 2014, nr 94.
 - 2 P.C. van Es, 'Verkrijging door verjaring: ex nunc of ex tunc?' in: WPNR 6880, p. 257-258, p. 258, nr 6. Zie ook zijn Verkrijging door verjaring, Nijmegen 2011, p. 73-75. P.J. van der Plank en M.E. Witting sloten zich recent aan bij Van Es, 'De invloed van verkrijgende verjaring op beperkte rechten', in: NTBR 2015-8, p. 233-238.

zij plaats als de verjaringstermijn verstrijkt? Om die vraag te beantwoorden bekijk ik in het rechtsvergelijkende deel van dit opstel eerst het Romeinse recht. Het moderne recht ontleent het leerstuk verkrijgende verjaring immers aan het Romeinse recht.³ In het Romeinse recht werkte een verkrijging door verjaring niet terug tot het ogenblik van bezitsverkrijging. Terugwerkende kracht wordt wel aangenomen in de door Van Schaick genoemde stelsels die allen teruggaan op de Code Civil van 1804. De vergelijking met het Franse, Belgische, Italiaanse en Portugese recht leert dat het hierbij niet gaat om een noodzakelijk afwijken van de Romeinsrechtelijke traditie. Zowel werking *ex tunc* als *ex nunc* is mogelijk. Zo werkt verkrijgende verjaring in het Duitse recht niet terug tot het ogenblik van bezitsverkrijging. Het gaat bij het maken van de keuze voor een werking *ex nunc* of *ex tunc* om een belangenafweging. Tegenover elkaar staan de belangen van de bezitter en diens verkrijgers, en de eigenaar in wiens nadeel verjaring werkt –ik gebruik in het vervolg de term uittredend eigenaar- en diens verkrijgers. Als verkrijgende verjaring *ex tunc* werkt, kiest men voor de belangen van de bezitter en diens verkrijgers: beschikkingen door de bezitter verricht gedurende de verjaringstermijn zijn achteraf verricht door een beschikkingsbevoegde en dus geldig. Beperkte rechten die de bezitter gedurende de verjaringstermijn vestigde kunnen niet enkel door bekrachtiging ontstaan, zoals geldt wanneer verkrijgende verjaring *ex nunc* werkt. Beschikkingen die de uittredend eigenaar na aanvang van de verjaringstermijn heeft verricht, zijn achteraf gezien verricht door een beschikkingsonbevoegde. In Nederland heeft de wetgever noch de rechter de keuze voor een *ex tunc* of *ex nunc* werkende verjaring gemaakt. In het tweede Nederlandsrechtelijke deel van dit artikel betoog ik dat het aannemen van een werking *ex nunc* beter recht doet aan de bij eigendomsverkrijging door verjaring betrokken belangen, aansluit bij de algemene regels van het verjaringsrecht en bovendien in overeenstemming is met de wetsgeschiedenis.

2 Romeins recht

Het vóór-Justiniaanse Romeinse recht kende twee varianten van verkrijgende verjaring (*usucapio*).⁴ De *usucapio a domino* beschermde tegen wat wij tegenwoordig een

3 Vgl. bijvoorbeeld de Toelichting Meijers bij het latere artikel 3:99 over de termijn van drie jaar die vereist is voor eigendomsverkrijging van een roerende zaak door de bona fide bezitter, Parlementaire Geschiedenis boek 3, p. 409. Die termijn is volgens Meijers 'in overeenstemming met hetgeen reeds het Romeinse recht bepaalde en eeuwenlang in ons land gegolden heeft (...)'; Vgl. voor de voorbeeldfunctie van het Romeinse recht voor het Franse recht hieronder bij noot 32.

4 Zie voor het volgende bijvoorbeeld M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, p. 41-46 (*mancipatio*), p. 418 e.v. (*usucapio*); G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie, een romanistische studie*, Deventer 1998, p. 20, p. 30; J.H.A. Lokin, *Prota vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, 9e druk, Groningen 2012, G 48 e.v.

leveringsgebrek zouden noemen. In het vóór-Justiniaanse recht golden voor verschillende typen goederen verschillende stelsels van eigendomsoverdracht. Voor eigendomsoverdracht van *res Mancipi* golden twee vereisten. De vervreemder moest beschikkingsbevoegd zijn en diende samen met de verkrijger en enkele getuigen ceremoniële handelingen te verrichten en verklaringen uit te spreken. Daardoor ging de eigendom over. Voor eigendomsoverdracht van *res nec Mancipi* was een minder formeel stelsel van kracht: bezitsverschaffing door een beschikkingsbevoegde vervreemder op grond van een *iusta causa* volstond. Wat als de vervreemder en de verkrijger van een *res Mancipi* de ceremoniële handelingen en verklaringen achterwege lieten, en de vervreemder eenvoudigweg het bezit van de zaak verschafte aan de verkrijger? *Traditio* van een *res Mancipi* leidde niet tot eigendomsverkrijging naar Romeins burgerlijk recht (*ius civile*). De praetor was evenwel niet *per se* gebonden aan de regels van het *ius civile*. Hij kon het op grond van zijn *imperium* aanvullen, ondersteunen en corrigeren.⁵ Hier ging de praetor over tot correctie. Gaius zegt er in zijn *Instituten* het volgende over:

2,40-41 Het volgende punt waarop wij de aandacht moeten vestigen, is dat bij vreemdelingen de eigendom eenvormig is: men is eigenaar of men wordt niet als eigenaar beschouwd. Ook het Romeinse volk huldigde vroeger dit rechtsprincipe: iemand was namelijk naar Quiritisch recht eigenaar of werd niet als eigenaar beschouwd. Maar later heeft de eigendom een onderverdeling ondergaan in die zin, dat de een naar Quiritisch recht eigenaar van iets kan zijn en een ander dat naar praetorisch recht in zijn vermogen kan hebben. Als ik u namelijk een *res Mancipi* noch op vormelijke wijze noch ten overstaan van de magistraat overdraag, maar slechts overgeef, gaat die zaak weliswaar naar praetorisch recht tot uw vermogen behoren, maar naar Quiritisch recht blijft zij van mij, totdat u haar als bezitter door verjaring verkrijgt. Want is eenmaal de verjaringstermijn voltooid, dan wordt zij uw volle eigendom, d.w.z. zowel naar praetorisch als naar Quiritisch recht, precies alsof zij vormelijk of ten overstaan van de magistraat overgedragen was.⁶

De praetor bracht degene aan wie een *res Mancipi* was geleverd (de *accipiens*) procesrechtelijk in de positie alsof hij de civiele eigendom had verkregen. De verkrijger werd wel de praetorisch eigenaar genoemd. Hij kon een zakelijke actie instellen naar het voorbeeld van de rechtsvordering van de eigenaar, de revindicatie. De revindicatie van de verjaringsbezitter heette de *actio Publiciana*. De vervreemder bleef volgens de regels van

⁵ D.1,1,7,1.

⁶ Sequitur, ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipauero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium uero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea Mancipata uel in iure cessa esset. De vertaling van deze en de volgende teksten is overgenomen van de onder leiding van Spruit vervaardigde vertalingen.

het *ius civile* eigenaar (civiel eigenaar). Hij kon de door hem overgedragen zaak dus nog revindiceren. Als hij de revindicatie richtte tegen de verjaringsbezitter kon de laatste deze actie afweren door middel van een exceptie. Als de vervreemder de zaak aan de verkrijger had verkocht, was dit de *exceptio rei venditae et traditae*. De goede trouw van de verkrijger speelde bij deze zogenoemde *usucapio a domino* geen rol. De vervreemder wist wat hij deed en moest naderhand niet zeuren. Hetzelfde gold voor de eventuele verkrijgers van de civiele eigenaar. De civiele eigenaar kon een onroerende *res Mancipi* ook na eerdere levering nog door middel van *mancipatio* in civiele eigendom overdragen aan een derde. De *mancipatio* van een stuk grond hoefde niet *per se* ter plekke plaats te vinden. De grond kon door middel van een aardkluit vertegenwoordigd zijn. Uit D.21,3,3,*pr* en 1 blijkt dat de praetor de bescherming die hij de verjaringsbezitter tegen de civiele eigenaar bood ook gaf als de eiser een opvolger onder bijzondere titel was van de civiele eigenaar.⁷ Als A zijn *res Mancipi* bijvoorbeeld verkocht en leverde aan B om haar vervolgens door middel van *mancipatio* over te dragen aan C, gaf de praetor B de *exceptio rei venditae et traditae* tegen C alhoewel C de zaak niet aan B had verkocht en geleverd. Het ligt zo bezien voor de hand aan te nemen dat de verkrijging door verjaring terugwerkt tot het ogenblik van bezitsverkrijging. Er is geen reden aan te nemen dat de vervreemder of zijn opvolger rechthebbende blijft. Gaius lijkt evenwel uit te gaan van een werking *ex nunc* doordat hij stelt dat de vervreemder civiel eigenaar zal blijven totdat (*donec*) de praetorisch eigenaar de verjaring voltooit. De praetorisch eigenaar begint (*incipit*) de zaak na afloop van de verkrijgende verjaring met het volste recht te bezitten.

In het Justiniaanse recht verdween de *usucapio a domino* van het toneel. Justinianus schafte het onderscheid tussen *res Mancipi* en *res nec Mancipi* af.⁸ Over bleef de verkrijgende verjaring die beschermde tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, de *usucapio a non domino*. Voor deze variant van verkrijgende verjaring was goede trouw wel een vereiste. Degene die te goeder trouw een niet gestolen zaak vatbaar voor privé-eigendom op grond van een geldige titel in zijn bezit kreeg, verkreeg daarvan de eigendom als hij drie of tien jaar onafgebroken bezitter bleef.⁹ De bescherming die hij gedurende de verjaringstermijn kreeg, ging iets minder ver dan de bescherming die de *usucapiens a domino* kreeg. De *usucapiens a non domino* kon de zaak van de gehele wereld opeisen met de *actio Publiciana*, behalve van de eigenaar van de zaak. De eigenaar kon de *actio Publiciana* afweren met een aan zijn eigendomsrecht ontleend verweermiddel: de *exceptio iusti dominii*.¹⁰ De eigenaar van de zaak kon de zaak gedurende de verjaringstermijn met de *rei vindicatio* opeisen van de verjaringsbezitter. Deed hij dat niet, dan verkreeg de bezitter uiteindelijk door verjaring de eigendom. Werkte zo'n verkrijging

7 Vgl. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, p. 438-439; Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid*, bekrachtiging, p. 32-34.

8 CJ.7,31,5, CJ.7,25.

9 CJ.7,31,2.

10 D.6,2,16-17.

terug tot het ogenblik van bezitsverkrijging of werkte zij *ex nunc*? Twee teksten werpen licht op de zaak. De eerste tekst, D.20,1,21,1, is van Ulpianus:

Als een schuldenaar een slaaf die hij te goeder trouw van een niet-eigenaar had gekocht en vervolgens in pand gegeven heeft, onder zich heeft, is de Serviaanse actie van toepassing; en als de schuldeiser tegen hem procedeert, kan deze de exceptie met de repliek wegens wangedrag ontkrachten; zo zegt Julianus het en hij heeft gelijk.¹¹

Deze tekst bezorgde de pandektisten veel hoofdbrekens. Waar gaat hij over? Schuldenaar A heeft te goeder trouw een zaak van een niet-eigenaar gekocht en vervolgens in pand gegeven aan B. A houdt de zaak blijkens de tekst onder zich: het zal modern gezegd gaan om de vestiging van een stil pandrecht. Volgens de tekst is A te goeder trouw: hij zal de zaak dus als verjaringsbezitter *a non domino* onder zich hebben. De verjaring loopt in zo'n geval verder: de vestiging van een zekerheidsrecht doet daar niet aan af, de zekerheidsgever blijft verjaringsbezitter.¹² Het is de vraag of in dit geval sprake kan zijn van een geldig zekerheidsrecht: zekerheidsgever A heeft immers geen recht dat hij aan de gehele wereld kan tegenwerpen, hij is verjaringsbezitter *a non domino*. Is hij wel bevoegd om een zekerheidsrecht te vestigen? De tekst lijkt daarvan uit te gaan omdat de rechtsvordering waarmee de pandhouder het pandobject opeist, de *actio Serviana*, van toepassing is. Verschillende pandektisten zoals Dernburg, Bachofen en Huschke leiden daaruit af dat de verjaringsbezitter *a non domino* een geldig pandrecht kan vestigen. B heeft zo gezien een pandrecht dat werkt tegen iedereen aan wie pandgever en verjaringsbezitter A zijn praetorische eigendom kan tegenwerpen. D.20,1,18 ondersteunt deze zienswijze:

Als ik een zaak tot zekerheid heb ontvangen van iemand die de *actio Publiciana* kon gebruiken omdat hij geen eigendom had, beschermt de praetor mij met de *actio Serviana* op dezelfde wijze als hij de zekerheidsgever met de *actio Publiciana* beschermt.¹³

In D.20,1,21,1 stelt B de *actio Serviana* in tegen A. Volgens Ulpianus kan de zekerheidsgerechtigde de exceptie van A ontkrachten door de repliek van wangedrag (*replicatio doli*) op te werpen. Welke *exceptio* zal A hebben opgeworpen? Deze kwestie hield de pandektisten verdeeld. Volgens Dernburg, Bachofen en Huschke wierp A de *exceptio iusti dominii* op.¹⁴ A heeft sinds de vestiging van het pandrecht de verjaring

11 Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat et pigneravit, teneat, servianae locus est et, si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet: et ita iulianus ait, et habet rationem.

12 Zie bijvoorbeeld D.41,2,36 en D.2,8,15,2.

13 Si ab eo, qui publiciana uti potuit quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per servianam praetor, quemadmodum debitorem per publicianam.

14 H. Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts dargestellt, Bd I, Leipzig 1860, p. 225; J.J. Bachofen, Römisches Pfandrecht, Basel 1847 (herdruk Goldbach 1997), p. 71-72, i.h.b. in noot 24; P. Huschke, 'Von der Verpfändung von Sachen, deren Eigenthümer man nicht ist', in: Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß (Linde's Zeitschrift), 1844, p. 176-280, p. 185.

voltooid en zal hebben gedacht dat zijn nieuw verworven civiele eigendomsrecht sterker is dan de praetorische eigendom die hij ten tijde van de vestiging van het pandrecht had. Ulpianus legt uit dat pandhouder B het verweermiddel van rechtmatige eigendom kan ontkrachten door de repliek van onbehoorlijkheid op te werpen. Het is ten opzichte van de pandhouder onbehoorlijk als de pandgever eerst een pandrecht vestigt om vervolgens te stellen dat hij nadien een sterker recht op de zaak heeft verkregen, zodat hij het pandrecht niet meer hoeft te eerbiedigen.

Andere pandektisten zoals bijvoorbeeld Gesterding en Sintenis, geven aan de twee hierboven genoemde teksten een andere betekenis. De teksten maken volgens hen niet duidelijk dat de *usucapiens a non domino* een zekerheidsrecht kon vestigen. Dat kon hij niet, omdat hij geen recht had dat hij aan de gehele wereld kon tegenwerpen. Er ontstaat daarom in de casus van D.20,1,21,1 geen zekerheidsrecht. A was niet beschikkingsbevoegd. Het verweermiddel dat A opwierp, bestond er dus niet in dat hij intussen eigenaar was geworden, maar dat hij ten tijde van de vestiging géén eigenaar was. A beriep zich dus op zijn eigen beschikkingsonbevoegdheid. Het was de zekerheidsgever evenwel in zijn verhouding met de zekerheidsnemer niet toegestaan een beroep te doen op zijn beschikkingsonbevoegdheid. Dit verweermiddel stuitte dus af op de repliek van wangedrag.¹⁵ De *actio Serviana* slaagt volgens Sintenis dus slechts omdat de eiser haar richt tegen de zekerheidsgever. De *actio Serviana* zou evenwel tegen iedere andere derde mislukken, omdat er geen zekerheidsrecht tot stand was gekomen.¹⁶

De discussie over de betekenis van de twee hier kort besproken teksten is in de twintigste eeuw voortgezet. Kaser stelde in 1964 dat de *usucapiens a non domino* een geldig pandrecht kon vestigen en dat de exceptie die de zekerheidsgever in D.20,1,21,1 opwierp de *exceptio iusti dominii* was omdat hij intussen de eigendom door verjaring had verkregen.¹⁷ Wacke en Schanbacher leggen de tekst ook zo uit.¹⁸

Wubbe huldigt een iets andere opvatting.¹⁹ Volgens hem werpt de zekerheidsgever de *exceptio iusti dominii* op, niet omdat hij de eigendom intussen door verjaring heeft

15 F.C. Gesterding, Die Lehre vom Pfandrecht, nach Grundsätzen des römischen Rechts, 2e druk Greifswald 1831, p. 381; C.F. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd 14,1, Erlangen 1813, p. 28.

16 C.F.F. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1836, p. 96.

17 M. Kaser, 'In bonis esse' (uitgebreide bespreking van het proefschrift van Wubbe), in: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung), Bd 78 (1961), p. 173-220, p. 202: '(...) liegt der Gedanke am nächsten, dass er hinterher eine begonnene Ersitzung vollendet hat.'

18 A. Wacke, 'Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit', in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 1969, p. 369-414, p. 375 noot 19: 'Hat daher der nichtberechtignte Verpfänder inzwischen das Eigentum ersessen (...)'; Zie ook D. Schanbacher, Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht, Berlin 1987, p. 187-189.

19 F.B.J. Wubbe, Res aliena pignori data, de verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse recht, Leiden 1960, p. 90 e.v.

verkregen, maar op grond van een andere verkrijgingstitel die hem een sterker recht geeft op de zaak dan dat van de zekerheidsgerechtigde. Wubbe kan zich niet voorstellen dat de zekerheidsgever in D.20,1,21,1 de verkrijgende verjaring heeft voltooid na de vestiging van het zekerheidsrecht. Hoe kan de zekerheidsgever immers bewijzen dat hij ten tijde van het vestigen van het zekerheidsrecht niet meer dan verjaringsbezitter was, maar intussen eigenaar is geworden? Wubbe denkt daarom aan een andere wijze van eigendoms-verkrijging. Hij doet de volgende suggestie: de zekerheidsgever is bijvoorbeeld na de vestiging van het zekerheidsrecht aangesproken tot afgifte door de eigenaar en heeft de revindicatie afgekocht door de geschatte waarde (*litis aestimatio*) van de zaak te betalen. De uitgewonnene ontdekt dan dat er tijdens de vestiging van het zekerheidsrecht een beter gerechtigde was, en verkrijgt door de geschatte waarde te betalen nadien de eigendom. Ik vraag mij af of deze lezing van Wubbe de voorkeur verdient boven de interpretatie waarin de zekerheidsgever de verjaring voltooit na de vestiging van het zekerheidsrecht. Wubbe's interpretatie mag gemakkelijker voor te stellen zijn dan de lezing waarin de zekerheidsgever de verjaring op een later tijdstip voltooit. Het is evenwel niet onmogelijk dat de zekerheidsgever bewijst dat hij ten tijde van de vestiging van het zekerheidsrecht verjaringsbezitter was en nadien eigenaar is geworden. De zekerheidsgever zal er bijvoorbeeld na de vestiging van het zekerheidsrecht achter zijn gekomen dat het testament ongeldig was waarin de zaak werd nagelaten aan degene die hem de zaak verkocht. Zo'n ontdekking staat niet aan de voortzetting van de verjaring in de weg: als de zekerheidsgever de zaak intussen gedurende de gehele verjaringstermijn in zijn bezit heeft gehad, is hij intussen door verjaring eigenaar geworden.²⁰ Bovendien kan de tekst gezien hebben op zowel gevallen waarin de zekerheidsgever nadien de eigendom verwerft door de geschatte waarde van de zaak te betalen, als gevallen waarin de zekerheidsgever de verjaring voltooit en dus eigenaar wordt. De tekst zegt daar niets over. Een aanwijzing dat sprake is van verkrijging door verjaring ligt erin dat de schuldenaar de zaak *te goeder trouw* van een niet-eigenaar kocht. Die goede trouw was immers een vereiste om de eigendom door *usucapio a non domino* te verkrijgen.

Andere twintigste-eeuwse romanisten huldigen het standpunt dat de pandektisten Gesterding en Sintenis innamen. Centraal in de modernere beschouwingen staat het begrip *in bonis*. De zekerheidsgever diende het zekerheidsobject volgens de *formula* van de *actio Serviana in bonis* (in zijn vermogen) te hebben gehad. De *usucapiens a non domino* heeft de zaak niet *in bonis* en kan daarom geen geldig zekerheidsrecht vestigen. Er is in D.20,1,21,1 dus geen sprake van een geldig zekerheidsrecht. Waarom kon schuldeiser B dan wel de *actio Serviana* instellen tegen de schuldenaar A? Volterra betoogt dat de zekerheidsnemer die de *actio Serviana* instelde niet telkens behoefde te bewijzen dat de

20 Zo ook Kaser, *In bonis esse*, p. 202.

zekerheidsgever de zaak ten tijde van de vestiging *in bonis* had.²¹ Dat hoefde hij bijvoorbeeld niet als hij de actie richtte tegen de zekerheidsgever. Dat bracht Volterra tot de gedachte dat de zekerheidsgever die de zaak ten tijde van de vestiging niet *in bonis* had, een exceptie opwierp waarin hij dat stelde: de *exceptio in bonis meis non fuisse*. Dit zou volgens Ankum, Van Gessel-de Roo, Pool²² en recenter Potjewijd²³ het verweermiddel zijn dat zekerheidsgever A in D.20,1,21,1 opwierp. Het verweer dat de zekerheidsgever intussen de rechtmatige eigendom door verjaring had verworven, zou volgens Ankum c.s. en Potjewijd niet afdoen aan de geldigheid van het zekerheidsrecht, gesteld dat de verjaringsbezitter *a non domino* een zekerheidsrecht kon vestigen. Volgens deze schrijvers is D.20,1,18 (de zekerheidsgerechtigde kan de *actio Serviana* met succes instellen tegen iedereen tegen wie de zekerheidsgever/verjaringsbezitter dat kon met de *actio Publiciana*) een tekst die ging over de *usucapio a domino*. Hij gold daarom niet voor de *usucapio a non domino*. De commissie die de Digesten samenstelde, had de tekst daarom eigenlijk moeten schrappen; Justinianus schafte immers de *res Mancipi* en daarmee de *usucapio a domino* af.²⁴ Kaser herzag in een latere publicatie zijn hierboven weergegeven opvatting en sloot zich aan bij de opvatting van Volterra. Hij stelde dat ook D.20,1,21,1 een geval van *usucapio a domino* betrof.²⁵ De wetgevende commissie had ook deze tekst daarom moeten schrappen: de *usucapiens a non domino* kon immers geen zekerheidsrecht vestigen, anders dan de *usucapiens a domino*.

Welke exceptie wierp de zekerheidsgever in D.20,1,21,1 nu op? Het verweermiddel van de door verjaring verkregen rechtmatige eigendom, of het verweermiddel van beschikkingsonbevoegdheid ten tijde van de vestiging? Het lijkt mij waarschijnlijker dat de zekerheidsgever de *exceptio iusti dominii* opwierp. Waarom zou het praetorisch edict een *exceptio* hebben bevat die het de disponent mogelijk maakte om zich op zijn eigen beschikkingsonbevoegdheid te beroepen?²⁶ Met de *exceptio non in meis bonis fuisse* maakt de praetor het de disponent mogelijk zich goederenrechtelijk te onttrekken aan waartoe hij zich verbintenissenrechtelijk had verplicht. De *exceptio* zal dan ook afketsen op de *replicatio doli*. Wubbe noemt het verlenen van de *exceptio non in meis bonis fuisse* daarom een ijdel gebaar.²⁷ Dat is het niet wanneer het gaat om de *exceptio iusti dominii*. De eigenaar in wiens nadeel de verjaring loopt, handelt niet onbehoorlijk door zich op zijn

21 E. Volterra, Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano, Rome 1930 (in Nederlandse bibliotheken niet verkrijgbaar) in navolging van O. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd II, Leipzig 1901, p. 1284.

22 H. Ankum, M. van Gessel-de Roo, E. Pool, 'In bonis', in: ZSS, Bd 104 (1987), p. 238-436, p. 424-427.

23 Potjewijd, Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging, p. 49 e.v., zie ook p. 227-228.

24 H. Ankum, M. van Gessel-de Roo, E. Pool, 'In bonis', in: ZSS, Bd 104 (1987), p. 238-436, p. 430; Potjewijd, Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging, p. 53.

25 M. Kaser, 'Nochmals zu in bonis', in: Huldigungsbandel Van Warmelo, Pretoria 1984, p. 144-163, p. 159.

26 Zo ook Schanbacher, Die Konvaleszenz von Pfandrechten, p. 187.

27 Wubbe, Res aliena pignori data, p. 93.

eigendomsrecht te beroepen als hij weer in het bezit is gekomen van zijn zaak, en door de zekerheidsgerechtigde wordt aangesproken tot afgifte. Een voorbeeld:

A is verjaringsbezitter van B's ring en geeft de ring in vuistpand aan C. C verliest de ring, eigenaar B vindt hem en neemt hem mee naar huis.

In dit geval zal B C's *actio Serviana* af kunnen weren door zich te beroepen op zijn eigendomsrecht. Het beroep op zijn eigendomsrecht is niet onbehoorlijk. Dat is anders als de zekerheidsgever de eigendom door verjaring verkrijgt en de exceptie van de rechtmatige eigendom opwerpt. Hij handelt wel onbehoorlijk.

Het voltooien van de *usucapio* door de zekerheidsgever leidt dus niet tot bekrachtiging of convalescentie van de eerdere mislukte vestiging van een zekerheidsrecht, zoals in de opvatting van Potjewijd zou moeten gelden als de zekerheidsgever in D.20,1,21,1 (zoals ook Potjewijd meent²⁸) de eigendom verkreeg doordat hij de verjaring voltooide. De tekst is hiermee in overeenstemming. Het doet er blijkens de tekst niet toe of de zekerheidsnemer ten tijde van de vestiging te goeder trouw was ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid van de zekerheidsgever.²⁹ Dat is bij het ontstaan van een zekerheidsrecht op een specifieke zaak door convalescentie blijkens D.20,1,1^{pr} wél van belang. Bij de vestiging bij voorbaat van een pandrecht op een specifieke zaak die niet aan de pandgever verschuldigd is, verkrijgt de pandhouder volgens Papinianus alleen een zakelijke actie als hij er ten tijde van de vestiging onkundig van is dat de zaak van een derde is. De pandhouder krijgt als hij te goeder trouw is volgens Papinianus een *actio utilis*.³⁰ Daarvan is in D.20,1,21,1 allemaal geen sprake: de goede trouw van de zekerheidsnemer speelt geen rol, en er is bovendien geen sprake van een *actio Serviana utilis*. Er is in de casus van D.20,1,21,1 geen sprake van convalescentie: er was ook vóór het voltooien van de verjaring sprake van een geldig zekerheidsrecht, dat slechts een betere bescherming verkreeg.³¹

28 Potjewijd, Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging, p. 49, noot 190; zie ook zijn oude opvatting behandelend M. Kaser, 'Nochmals zu in bonis', in: Huldigingsbundel Van Warmelo, Pretoria 1984, p. 144-163, p. 159. Als de tekst over *usucapio a domino* gaat, speelt dit niet: de *usucapiens a domino* beschikte anders dan de *usucapiens a non domino* wel over een tegen de gehele wereld beschermde goederenrechtelijk positie en kon in deze opvatting dus wel een geldig zekerheidsrecht vestigen.

29 Zie Dernburg, Das Pfandrecht I, Leipzig 1860, p. 223; Kaser, In bonis esse, p. 202-203; Potjewijd, Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging, p. 49-50, in noot 190; Glück neemt (in strijd met de tekst) aan dat de zekerheidsnemer wel te goeder trouw moest zijn om de *actio Serviana* in te stellen. Dat zou Ulpianus duidelijk hebben willen maken door te stellen dat de zekerheidsgever de zaak bona fide had gekocht, C.F. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd 14,1, Erlangen 1813, p. 28. Dat is op zichzelf al onwaarschijnlijk. Onjuist zou dan bovendien zijn dat de zekerheidsnemer de *actio Serviana* instelt, en niet de *actio Serviana utilis*, zie direct hieronder in de hoofdtekst.

30 Zie D.20,1,1^{pr}, over deze tekst en het zekerheidsrecht dat door convalescentie ontstaat Potjewijd, Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging, p. 245.

31 Zo ook Schanbacher, Die Konvaleszenz von Pfandrechten, p. 189.

Voor de vraag naar de al dan niet terugwerkende kracht van verkrijgende verjaring is het niet noodzakelijk te kiezen tussen één van de beide hierboven besproken opvattingen. Uit beide interpretaties van de hierboven weergegeven teksten blijkt dat eigendomsverkrijging door verjaring in het Romeinse recht géén terugwerkende kracht had. Als A's verkrijging terug zou werken tot het ogenblik van bezitsverkrijging, zou A immers niet de *exceptio non in meis bonis fuisse* hebben kunnen opwerpen. Evenmin zou hij zich tegen de *actio Serviana* hebben kunnen verdedigen door het verweermiddel van de door verjaring verkregen rechtmatige eigendom op te werpen. Als de verkrijging door de *usucapiens* terugwerkende kracht zou hebben tot het ogenblik van bezitsverkrijging, dan zou hij immers de eigendom niet hebben verkregen op het ogenblik van het verstrijken van de verjaringstermijn, maar al ten tijde van zijn bezitsverkrijging. Hij zou dan achteraf bezien al eigenaar zijn geweest toen hij het zekerheidsrecht vestigde. De eigendomsverkrijging door verjaring zou dan geen verandering hebben gebracht in de verhouding tussen zekerheidsgever en zekerheidsnemer. De verjaring zou hem geen sterker recht hebben gegeven, en dus geen aanleiding kunnen zijn voor het ontstaan van een verweermiddel. De vraag of eigendomsverkrijging door verkrijgende verjaring terugwerkende kracht had of niet, krijgt in de Romeinsrechtelijke teksten en literatuur weinig of geen aandacht. Dat verkrijgende verjaring *ex nunc* werkte, is indirect uit D.20,1,21,1 af te leiden. Met de mogelijkheid van een *ex tunc* werkende verkrijgende verjaring wordt geen rekening gehouden.

3 Code Civil

De mogelijkheid van een verkrijgende verjaring die terugwerkt tot het ogenblik van bezitsverkrijging wordt wel genoemd in Franse literatuur van kort na de inwerkingtreding van de Code Civil van 1804. Dat wetboek kende in navolging van het Romeinse recht verkrijgende verjaring.³² De wetgever gebruikte net als het Romeinse recht dezelfde term (prescription, *praescriptio*) voor bevrijdende en verkrijgende verjaring. Hij maakte in de wettekst niet duidelijk of een verkrijging door verjaring terugwerkte tot het ogenblik van bezitsverkrijging of niet.³³ Artikel 2219 Code Civil gaf een algemene omschrijving van de verkrijgende en de bevrijdende verjaring:

La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi.

32 K.S. Zachariae von Lingenthal stelt dat het Franse verjaringsrecht 'durchgängig mit dem Römischen übereinstimmt', Handbuch des französischen Civilrechts Bd 1, Heidelberg 1808, p. 126.

33 F. Laurent, Principes de droit civil, Tome 32, De la prescription, Brussel 1878, nrs 4 en 5.

De wettekst wijst eerder in de richting van een werking *ex nunc* (par un certain laps de temps) dan in de richting van een werking *ex tunc*. De oudere Franse literatuur ging er echter van uit dat het Franse recht afweek van de hierboven beschreven Romeins-rechtelijke traditie. Marcadé benadrukt dat de verkrijgende verjaring uit het Romeinse recht afkomstig is, maar dat dit geen beletsel is aan te nemen dat zij terugwerkende kracht heeft tot het ogenblik van bezitsverkrijging 'zoals iedereen doet' (comme tout le monde le reconnaît).³⁴ De wetgever heeft dat weliswaar niet tot uitdrukking gebracht in zijn omschrijving van de verkrijgende verjaring, het blijkt desalniettemin uit de wet. Degene namelijk die een verjaring begon voordat hij in gemeenschap van goederen trouwde, maar haar tijdens dat huwelijk voltooide, was op grond van artikel 1402 Cc enig eigenaar. Zou de verkrijging door verjaring niet terugwerken, dan zou het goed op grond van de hoofdregel van artikel 1401 lid 3 in de gemeenschap vallen. 'Tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage' vallen volgens dat artikel in de gemeenschap. Artikel 1402 luidt als volgt:

Tout immeuble est réputé acquêt de communauté si n'est prouvé si l'un des époux en avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation.

Het goed valt niet in de gemeenschap omdat de verkrijging door verjaring terugwerkt tot het ogenblik van bezitsverkrijging gelegen vóór het huwelijk.³⁵ Troplong noemt dit argument en verwijst hierbij naar Pothiers monografie over gemeenschap. Pothier laat zich daar echter niet uit over de al dan niet terugwerkende kracht van verkrijgende verjaring. Hij formuleert er de regel dat verkrijgingen door echtelieden gebaseerd op een titel daterend van vóór dat huwelijk niet in de gemeenschap vallen. Hij geeft het voorbeeld van levering aan een intussen getrouwde koper, en het voorbeeld van eigendomsverkrijging door verjaring door een intussen getrouwde bezitter.³⁶ Artikel 1402 zegt dan niets over de al dan niet terugwerkende kracht van verkrijgende verjaring, maar drukt slechts de door Pothier geformuleerde regel uit. Het is maar de vraag of artikel 1402 bewijst dat verkrijgende verjaring terugwerkende kracht heeft. Daartoe moet men aannemen dat artikel 1402 de hoofdregel van artikel 1401 lid 3 buiten spel zet. Een verkrijging door verjaring werkt terug tot het ogenblik van bezitsverkrijging zodat de regel van 1401 lid 3

34 V. Marcadé, Explication du code Napoleon, de la prescription, Parijs 1861, p. 5; In gelijke zin E. Regnault, De la publicienne en droit romain, de la prescription en droit français, Parijs 1862, p. 54.

35 Zie bijvoorbeeld M. Planiol, G. Ripert, M. Picard, Traité pratique de droit civil français, 2e editie III Les biens, Parijs 1952 nr 748, p. 744; G. Baudry-Lacantinerie, A. Tissier, Traité théorique et pratique de droit civil, Tome 25 De la prescription, Parijs 1895, nr 102; F. Laurent, Principes de droit civil, Tome 32, De la prescription, Brussel 1878, nr 4; R.T. Troplong, Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, De la prescription, T 2, Parijs 1835, nr 826.

36 R.J. Pothier, Traité de communauté, in: Oeuvres de Pothier (editie: M. Dupin) Deel 6, Parijs 1823, nr 157.

niet geldt: de bezitter voltooit de verjaring immers niet tijdens het huwelijk, maar al daarvoor. Deze interpretatie is lastig te rijmen met de tekst van artikel 1402. Volgens artikel 1402 valt een onroerende zaak niet in de huwelijksgemeenschap als één van de echtelieden al voor het huwelijk eigenaar was of de 'possession légale' had. Volgens Duranton is met dat laatste bedoeld dat sprake is van bezit als eigenaar. Alleen degene een zaak voor zichzelf bezit, kan haar door verjaring verkrijgen.³⁷ Als verkrijgende verjaring *ex tunc* werkt, is de vermelding van én de eigendom én het bezit dubbelop. Degene die de verjaring intussen voltooide, was dan achteraf gezien immers al eigenaar voor het huwelijk. De toevoeging dat ook degene die voor het huwelijk het bezit had privé-eigendom verkrijgt, is dan onnodig. Het lijkt mij daarom aannemelijker dat artikel 1402 een uitzondering maakt op de hoofdregel van artikel 1401 lid 3: eigendoms-verkrijging door verjaring werkt *ex nunc*, daarom zou de eigendom op grond van de algemene regel van 1401 in de gemeenschap vallen, artikel 1402 stelt echter dat de zaak niet in de gemeenschap valt als de bezitsverkrijging dateert van voor het huwelijk.

Andere argumenten die de Franse literatuur noemt overtuigen evenmin. Troplong rechtvaardigt de terugwerkende kracht van de verkrijgende verjaring door aan te nemen dat de uittredend eigenaar door de zaak gedurende de verjaringstermijn niet op te eisen afstand deed van zijn recht.³⁸ Dat is onjuist: het kan de reden zijn van het stilzwijgen van de crediteur van een vordering en zo de terugwerkende kracht verklaren van het tenietgaan van een rechtsvordering door bevrijdende verjaring. Dat geldt niet voor de verkrijgende verjaring: de uittredend eigenaar hoeft immers niet te weten wie zijn zaak bezit en waar hij haar moet opeisen. Bovendien omvat de eigendom de bevoegdheid om niets te doen. Het eigendomsrecht gaat niet ten onder door *non usus*.³⁹ Zachariae geeft een ander argument voor de terugwerkende kracht. Verkrijgende verjaring is volgens hem strikt genomen geen wijze van eigendomsverkrijging, maar de bevestiging, de onaantastbaar-wording, van een eerdere overdracht. De uittredend eigenaar, of in de woorden van Zachariae, de oudere eigenaar verliest met het verstrijken van de verjaringstermijn de mogelijkheid om de zaak op te eisen.⁴⁰ Zachariae's opvatting doet denken aan de scheiding tussen de civiele en de praetorische eigendom die het Romeinse recht kende, bijvoorbeeld bij de hierboven

37 M. Duranton, Cours de droit civil suivant le code français, 4e editie T 8, Brussel 1841, nrs 176 en 177.

38 R. T. Troplong, Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, De la prescription, T 2, Parijs 1835, nr 826: 'Lorsque la prescription est accomplie, elle produit un effet rétroactif, au moment ou elle a commencé; car elle est fondée sur une présomption de renonciation dont le laps de temps n'est que la preuve. Ainsi, celui qui a acquis un immeuble par prescription est censé en avoir été propriétaire du moment qu'il a commencé à le posséder.'

39 Zo ook F. Laurent, Principes de droit civil, Tome 32, De la prescription, Brussel 1878, nrs 4 en 5.

40 K.S. Zachariae von Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts, 7e druk Band 1, Heidelberg 1886, par. 209: p. 584 noot 2: 'nicht eine Erwerbungsart. Sie setzt vielmehr schon eine Erwerbung voraus.' Zie ook in §199 in noot 3 (p. 556): 'Die Ersitzung ist streng genommen nicht eine Erwerbungsart sondern nur das Mittel durch welches eine Erwerbung endgiltig bestätigt wird (est adjectio dominii).'

besproken *usucapio a domino*. Justinianus maakte een einde aan deze figuur onder andere omdat zo'n gesplitst eigendomsbegrip maar tot onduidelijkheid en dubbelzinnigheid leidt. De splitsing die Zachariae maakt, is strijdig met het uniforme eigendomsbegrip dat in het Europese privaatrecht is gerecipieerd. Josserand geeft een vergelijkbaar argument voor de terugwerkende kracht van de twintigjarige verkrijgende verjaring die niet alleen bezit te goeder trouw eist, maar ook een titel. Het is die titel die tot eigendomsverkrijging leidt, gesteund door het landurige bezit te goeder trouw. Het langdurige *bona fide* bezit heft de ontbrekende beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder op. Als de termijn verstrijkt, is de overdracht door de beschikkingsonbevoegde alsnog geldig. De bezitter wordt geacht eigenaar te zijn geweest vanaf het ontstaan van de titel.⁴¹ De twintigjarige verkrijgende verjaring is volgens Josserand geen wijze van verkrijging, maar een versterking van de titel van de verjaringsbezitter. Laurent legt tot slot de nadruk niet op de titel, maar op het bezit dat voor iedere vorm van verkrijgende verjaring vereist is. De verkrijging door verjaring werkt daarom terug tot de verkrijging van het bezit.⁴² Dit alles overtuigt niet: legt men de nadruk niet op de titel of op de bezitsverkrijging, maar op het gedurende de verjaringstermijn vereiste onafgebroken bezit dan ligt een werking *ex nunc* meer voor de hand.

De werking *ex tunc* of *ex nunc* van de verkrijgende verjaring volgt niet dwingend uit het leerstuk zelf, zij is veeleer het resultaat van een weging van de belangen van de bezitter enerzijds en de uittredend eigenaar anderzijds. Recentere Franse literatuur bespreekt de terugwerkende kracht van een verkrijging door verjaring in deze context. Zij somt verschillen in rechtsgevolg op tussen een stelsel waarin verkrijgende verjaring terugwerkende kracht heeft zoals het Franse, en een stelsel waarin dat niet het geval is. Als gevolg van de terugwerkende kracht is de verjaringsbezitter beschikkingsbevoegd gedurende de verjaringstermijn, en niet zoals bij werking *ex nunc* de uittredend eigenaar. Als verkrijgende verjaring *ex tunc* werkt, is de bezitter te kwader trouw die door verjaring eigenaar werd verder eigenaar van de vruchten die hij tijdens de verjaringstermijn trok. De terugwerkende kracht zet zo artikel 549 Code Civil opzij: volgens dat artikel verkrijgt alleen de bezitter te goeder trouw de eigendom van de door hem getrokken vruchten.⁴³

De Cour de Cassation bevestigde in 1996 dat een verkrijging door verjaring terugwerkt tot

41 L. Josserand, Cours de droit civil positif français, tome I 3^e editie Parijs 1938, nr 1771 en nr 1773 (p. 986).

42 F. Laurent, Principes de droit civil, Tome 32, De la prescription, Brussel 1878, nrs 4 en 5.

43 Zie bijvoorbeeld M. Planiol, G. Ripert, M. Picard, Traité pratique de droit civil français, 2e editie III Les biens, Parijs 1952 nr 748, p. 744; G. Baudry-Lacantinerie, A. Tissier, Traité théorique et pratique de droit civil, Tome 25 De la prescription, Parijs 1895, nr 102; A. Weill, Droit civil, les biens, 1969, nr 459; R. Desgorges, Droit civil, les biens, 3e editie, Parijs 2013, IV 2; S. Schiller, Droit des biens, 7e editie, Parijs 2015, nr 180, noot 2; P. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, les biens, 6e editie Issy-les-Molineaux 2015, nrs 563 en 564.

het ogenblik van bezitsverkrijging.⁴⁴ Het ging in deze zaak om een in 1978 gesloten koopovereenkomst ter zake van een stuk grond dat sinds 1953 gedeeltelijk in het bezit was van een derde. Die derde voltooide de verjaring in 1983. De hoogste rechter oordeelde in het geschil tussen koper en verkoper in de jaren negentig dat de koopovereenkomst ter zake van het gedeelte van het perceel dat in het bezit was van de derde een koopovereenkomst was van een niet aan de verkoper behorende zaak. Zo'n overeenkomst is naar Frans recht ongeldig. Klaarblijkelijk verkreeg de derde de eigendom niet *ex nunc* in 1983, maar *ex tunc* bij zijn bezitsverkrijging in 1953.

4 Enkele andere moderne stelsels

Verschillende moderne stelsels die gebaseerd zijn op de Code Civil gaan er eveneens van uit dat een verkrijging door verjaring terugwerkt tot het ogenblik van bezitsverkrijging. Dat geldt bijvoorbeeld voor het Belgische, Italiaanse, Spaanse en Portugese recht.⁴⁵ De terugwerkende kracht van een verkrijging door verjaring is in het Portugese wetboek in een wetsbepaling (artikel 1288 van het Portugese wetboek) neergelegd. De vergelijking met Portugal biedt daarom geen steun voor de opvatting dat de verkrijgende verjaring ook naar Nederlands recht *ex tunc* werkt. Het Nederlandse recht mist immers zo'n bepaling. Ook in het Italiaanse wetboek ontbreekt een bepaling die de verkrijgende verjaring terugwerkende kracht geeft. Daarom zijn verschillende Italiaanse schrijvers van mening dat een verkrijging door verjaring (*usucapione*) geen terugwerkende kracht heeft. Daarvoor is een wetsbepaling nodig. Terugwerkende kracht druist immers in tegen de logica: pas aan het einde van de verjaringstermijn wordt duidelijk dat de bezitter de verjaring voltooit.⁴⁶ De hoogste Italiaanse rechter oordeelde echter in 2000 dat de verkrijging door verjaring terugwerkende kracht heeft.⁴⁷ De Belgische literatuur neemt aan dat een verkrijging door verjaring terugwerkt tot het ogenblik van bezitsverkrijging.⁴⁸ De terugwerkende kracht van verkrijgende verjaring is in de Belgische literatuur omstreden. De kritiek op de terugwerkende kracht richt zich op verkrijging door verjaring door bezitters te kwader trouw. Sagaert schrijft bijvoorbeeld: Waarom de *mala fide* bezitter niet

44 Chambre Civile 3, 10 juli 1996, 94-21168.

45 A.C. van Schaick, 'De terugwerkende kracht van de verkrijgende verjaring', in: WPNR 6887, p. 421-422, in noot 1.

46 Zie hiervoor in noot 2 en verder bijvoorbeeld M. Bianca, *Diritto civile*, VI La Proprietà, Milaan 1999, nr 396 (p. 818); Vgl. ook in deze zin A. Greco, 'National report on transfer of movables in Italy', in: *National Reports on Transfer of Movables in Italy*, I (Austria, Estonia, Italy, Slovenia), München 2008, p. 342-500, p. 498-499 in noot 343.

47 Cass, 2° sez. Civ. 28 juni 2000 n. 8792. Zie met verwijzingen naar voor- en tegenstanders K. Mascia, *L'usucapione. La casistica giurisprudenziale di acquisto della proprietà*, Avellino 2007, p. 168.

48 Zie naast de in de volgende noten genoemde werken bijvoorbeeld J. Hansenne, *Les biens*, Précis 1, Luik 1996, nr 488.

alleen belonen met de eigendom, maar hem ook nog toestaan de rechtshandelingen van de oorspronkelijke eigenaar in het gedrang te brengen?⁴⁹ Een gevolg van terugwerkende kracht is immers dat de uittredend eigenaar minder ruimte heeft beperkte rechten te vestigen. In België pleit men er daarom voor dat verkrijgende verjaring in het voordeel van een bezitter te kwader trouw *ex nunc* werkt.⁵⁰

De vergelijking met de hierboven genoemde stelsels dwingt er niet toe aan te nemen dat verkrijgende verjaring naar Nederlands recht terugwerkende kracht heeft. Zij maakt veeleer duidelijk dat een werking *ex tunc* of *ex nunc* berust op een rechtspolitieke keuze. Zo werkt eigendomsverkrijging door verkrijgende verjaring naar Duits recht bijvoorbeeld *ex nunc*. Eigendomsverkrijging door verkrijgende verjaring is naar Duits recht niet telkens de verkrijging van onbezwaarde eigendom. Volgens §945 BGB gaan beperkte rechten die gevestigd zijn voordat de verkrijgende verjaring begon te lopen, door verjaring teniet als de verjaringsbezitter te goeder trouw is ten aanzien van die beperkte rechten en dat gedurende de verjaringstermijn is gebleven.⁵¹ De Duitse literatuur neemt aan dat beperkte rechten die de uittredend eigenaar gedurende de verjaringstermijn vestigt, niet teniet gaan op grond van §945 als de verjaringsbezitter de verjaring volmaakt.⁵² Een verkrijging door verjaring heeft dus naar Duits recht geen terugwerkende kracht: zou zij dat hebben, dan zou de uittredend eigenaar immers achteraf gezien geen geldig beperkt recht hebben kunnen vestigen na de start van de verjaringstermijn. Zo kan de uittredend eigenaar nog een recht van vruchtgebruik vestigen ex §1032 S 2. Dat wil zeggen door de vordering tot afgifte te cederen aan de beoogd vruchtgebruiker. Overleeft dat vruchtgebruik telkens de eigendomsverkrijging door verjaring door de bezitter? De Duitse handboeken gaan daarvan uit.⁵³ In de dertiger jaren liet Naendrup⁵⁴ een tegengeluid horen. Hij stelde dat het vruchtgebruik dat de uittredend eigenaar gedurende de verjaringstermijn heeft gevestigd teniet gaat als de vruchtgebruiker zijn recht gedurende de verjaringstermijn niet heeft uitgeoefend. Als de vruchtgebruiker zijn recht gedurende de verjaringstermijn heeft

49 V. Sagaert, 'De verkrijgende verjaring herbezocht. Een aanzet tot het debat over het verjaringsrecht', in: Rechtskundig Weekblad 2007, p. 1582-1597, p. 1591.

50 Vgl. naast Sagaert ook F. van Neste, *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht, V Zakenrecht*, 2e druk Brussel 1990, nr 183; E. Dirix (bew.), R. Dekkers, *Handboek Burgerlijk Recht, II (zakenrecht)*, 3e druk Antwerpen-Oxford 2005, nr 1324.

51 De tekst van §945 luidt als volgt: Mit dem Erwerb des Eigentums durch Ersitzung erlöschen die an der Sache vor dem Erwerb des Eigenbesitzes begründeten Rechte Dritter, es sei denn, dass der Eigenbesitzer bei dem Erwerb des Eigenbesitzes in Ansehung dieser Rechte nicht in gutem Glauben ist oder ihr Bestehen später erfährt. Die Ersitzungsfrist muss auch in Ansehung des Rechts des Dritten verstrichen sein; die Vorschriften der §§ 939 bis 944 finden entsprechende Anwendung.

52 Zie bijvoorbeeld W. Wiegand (bew.), *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Sachenrecht*, §945 Rnr 5; Bamberger/Roth, *Beck'scher Online Kommentar*, §945 Rn 2; C. Baldus (bew.), *Münchener Kommentar*, §945 Rn 2.

53 Zie de noot hierboven.

54 Zie over de (niet onomstreden) Hubert Naendrup, E. Klee, *Das Personenlexikon zum Dritten Reich: wer war was vor und nach 1945*, Frankfurt 2003, p. 427-428.

uitgeoefend, maakt hij een einde aan het bezit als onbezwaard eigenaar. Omdat het Duitse recht gedurende de gehele verjaringstermijn goede trouw eist, zal de bezitter in de regel niet verder verjaren. Als de vruchtgebruiker zijn recht niet uitoefent, bijvoorbeeld omdat hij er niet in slaagt de zaak op te sporen, dan gaat het vruchtgebruik teniet als de bezitter de verjaring voltooit.⁵⁵

5 Nederlands recht: Burgerlijk Wetboek (1838)

De bovenstaande leerstellige, rechtsvergelijkende opmerkingen leren dat de al dan niet terugwerkende kracht van verkrijgende verjaring berust op een keuze. Die keuze is in ons land niet door de wetgever gemaakt (zoals in Portugal het geval is), noch door de rechtspraak gemaakt (zoals in Frankrijk en Italië het geval is). Onder het oude recht waren de meningen over de al dan niet terugwerkende kracht van verkrijgende verjaring verdeeld. Het oude recht kende twee varianten van verkrijgende verjaring: de bezitter te goeder trouw met titel verkreeg na twintig jaar onafgebroken bezit de eigendom (artikel 2000 lid 1 OBW). De bezitter te goeder trouw zonder titel verkreeg na dertig jaar onafgebroken bezit de eigendom (artikel 2000 lid 2 OBW). Beekhuis neemt aan dat verkrijgende verjaring net als in het Franse recht terugwerkende kracht heeft.⁵⁶ Hij wil op één punt van het Franse recht afwijken. De Franse literatuur neemt zoals wij in nr 3 zagen aan dat alleen beperkte rechten die de uittredend eigenaar gevestigd heeft voor aanvang van de verjaringstermijn een latere verkrijging door verjaring kunnen overleven. Volgens Beekhuis kunnen ook beperkte rechten die de uittredend eigenaar vestigde nadat de verjaring begon te lopen een latere verkrijging door verjaring overleven.⁵⁷ Het is mij onduidelijk hoe Beekhuis dit rijmt met de door hem aangenomen terugwerkende kracht van de verkrijgende verjaring.⁵⁸ Zou de verkrijgende verjaring terugwerken tot het ogenblik van bezitsverkrijging, dan zou het door de uittredend eigenaar tijdens de verjaringstermijn gevestigde beperkte recht immers niet tot stand zijn gekomen als gevolg van beschikkingsonbevoegdheid.

55 H. Naendrup, 'Die Ersitzung als Rechtsscheinwirkung', in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben 1929, Bd III, p. 35-78, p. 73 in noot 132.

56 J.H. Beekhuis, F.H.J. Mijnsen, P. De Haan, Asser 3-I Zakenrecht, Deventer 12^e druk 1985, nrs 592 en 593.

57 J.H. Beekhuis, F.H.J. Mijnsen, P. De Haan, Asser 3-I Zakenrecht, Deventer 12^e druk 1985, nr 592: 'Heeft bijv. tijdens de loop van de verjaringstermijn de gerechtigde een hypotheek op de zaak gevestigd, dan dient deze later door degeen, die door verjaring heeft verkregen, erkend te worden.'

58 Beekhuis noemt Meijers op dit punt als medestander. Meijers laat zich evenwel, anders dan Beekhuis, niet uit over de terugwerkende kracht van verkrijgende verjaring. Hij geeft het volgende voorbeeld: A is eigenaar van een onroerende zaak, B is bezitter te goeder trouw als erfpachter van die zaak. Als A tijdens de loop van de verjaring een hypotheekrecht vestigt, dan moet B, intussen door verjaring erfpachter geworden, het hypotheekrecht respecteren, E.M. Meijers, De algemene begrippen van het burgerlijk recht, Leiden 1948, p. 128. Deze passage wijst eerder in de richting van een *ex nunc* werkende verkrijgende verjaring, dan in de richting van een verkrijging door verjaring met terugwerkende kracht.

Beekhuis noemt Pitlo wat betreft de terugwerkende kracht van verkrijgende verjaring als medestander. Pitlo gaat er echter vanuit dat verkrijgende verjaring *ex nunc* werkt. Hij bespreekt het geval waarin A eigenaar is van een onroerende zaak en B op weg is om de eigendom door de dertigjarige verjaring te verkrijgen. Volgens Pitlo verkrijgt B de eigendom op het ogenblik dat de voor verjaring vereiste termijn vol is. Vóór de termijn verstreken is, is er een recht in wording aan de ene zijde en aan de andere zijde een recht dat uitdooft. Als B na vijftientwintig jaar een erfpachtrecht ten behoeve van C vestigt, verkrijgt B de eigendom vijf jaar later. Op datzelfde ogenblik ontstaat C's erfpachtrecht. Hiermee is nog niets gezegd over de al dan niet terugwerkende kracht van verkrijgende verjaring. Zowel bij een werking *ex tunc* als *ex nunc* ontstaat het erfpachtrecht als de verjaringsbezitter de verjaring voltooit.⁵⁹ Dat Pitlo werking *ex nunc* aanneemt, blijkt uit het volgende. Gedurende de verjaringstermijn die voor bezitter B loopt, is A eigenaar. Als A tijdens de loop van de verjaring een erfpachtrecht vestigt ten behoeve van D, ontstaat dit recht direct. B zal vervolgens de verjaring waarschijnlijk niet voltooien omdat D uitoefening van zijn recht zal verlangen en er een conflict zal uitbreken dat 'klaarheid zal brengen'. Als D's recht echter geen erfpachtrecht is, maar een hypotheek, zal zo'n conflict niet telkens uitbreken. Als verjaringsbezitter B vervolgens door verjaring eigenaar wordt, eindigt volgens Pitlo het recht van eigenaar A en dat van D. Daaruit volgt dat verkrijgende verjaring volgens Pitlo *ex nunc* werkt: als B's verkrijging terug zou werken tot het ogenblik van zijn bezitsverkrijging, dan zou het beperkte recht dat uittredend eigenaar A na B's bezitsverkrijging ten behoeve van D gevestigd heeft immers niet tot stand zijn gekomen. De uittredend eigenaar zou dan immers beschikkingsonbevoegd zijn geweest. Verkrijgende verjaring werkt volgens Pitlo dus *ex nunc*. Naendrup huldigde voor het Duitse recht zoals wij hierboven in nr 4 zagen dezelfde opvatting over de invloed van verkrijging door verjaring op door de uittredend eigenaar tijdens de verjaringstermijn gevestigd beperkte rechten. Naar huidig Nederlands recht geldt op grond van de wetsgeschiedenis hetzelfde. Ik kom daarop terug.

Suijling huldigde tot slot een minderheidsstandpunt: volgens hem werkte de twintigjarige verkrijgende verjaring voor de *bona fide* bezitter met titel van artikel 2000 OBW lid 1 terug tot het ogenblik van bezitsverkrijging. Het gaat hier volgens Suijling om de reparatie van een als gevolg van beschikkingsonbevoegdheid mislukte overdracht. Het recht geeft na verloop van tijd alsnog gevolg aan die overdracht: de bezitter verkreeg dus met terugwerkende kracht. Voor het Franse recht betoogde Jossierand zoals wij hierboven in nr

59 M.H. Bregstein sluit zich op dit punt aan bij Pitlo, 'Rechtsvraag II (acquisitieve verjaring van erfpachtrecht)' in: WPNR 4306 (1953) afgedrukt in: Verzameld werk, Zwolle 1960, p. 727-728. Beekhuis noemt ook Bregstein als medestander wat betreft de terugwerkende kracht van verkrijgende verjaring. Ik herhaal om misverstanden te voorkomen dat uit Bregsteins behandeling van de rechtsvraag niets af te leiden is over zijn standpunt inzake de al dan niet terugwerkende kracht van een verkrijging door verjaring.

3 zagen iets soortgelijks. Dit alles gold volgens Suijling niet voor de dertigjarige verkrijgende verjaring voor de bezitter te goeder trouw. Deze verjaring werkte *ex nunc* omdat zij niet steeds een mislukte overdracht repareerde, maar iedere bezitter te goeder trouw na dertig jaar tot eigenaar maakte.⁶⁰

Burgerlijk Wetboek (1992)

De wetgever bracht bij de invoering van het huidige wetboek geen duidelijkheid in deze kwestie. De wetsgeschiedenis biedt aanknopingspunten voor zowel werking *ex tunc* als werking *ex nunc*. De wetgever stelt dat een bezitter die een beperkt recht heeft gevestigd het ontstaan van dat beperkte recht niet kan verhinderen door afstand te doen van de verjaring die hij intussen heeft voltooid, vanwege de terugwerkende kracht van de verjaring.⁶¹ De meeste schrijvers leiden uit die tekst af dat verkrijgende verjaring terugwerkt tot het ogenblik van bezitsverkrijging.⁶² Het is echter volgens diezelfde wetsgeschiedenis mogelijk dat de bezitter te kwader trouw die door verjaring eigenaar werd de vruchten die hij gedurende de verjaringstermijn trok af moet geven aan de vorige eigenaar van de vruchtgevende zaak.⁶³ Dat is bij een werking *ex tunc* niet mogelijk.⁶⁴

Men kan met de wetsgeschiedenis dus twee kanten op: *ex tunc* of *ex nunc*. Een werking *ex nunc* verdient om verschillende redenen de voorkeur. Een werking *ex nunc* past ten eerste beter in het stelsel van het verjaringsrecht, dan een stelsel waarin een verkrijging door verjaring terugwerkt tot het ogenblik van bezitsverkrijging. Terugwerkende kracht behelst een fictie, die een wetsbepaling vergt. Het Nederlandse recht mist zo'n bepaling. Terugwerkende kracht past evenmin bij de regels omtrent de berekening van verjaringstermijnen. De verjaringstermijn van artikel 3:99 begint volgens artikel 3:101 niet

60 J.P. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, V Zakenrecht, Haarlem 1940, nr 280.

61 MvA II bij art. 3.4.3.7 (vervallen), Parlementaire Geschiedenis boek 3, p. 415: 'Het is ongewenst dat b.v. beperkt gerechtigden die hun recht aan degene die door verjaring verkreeg, ontleen en na deze verkrijging wegens de terugwerkende kracht van de verjaring (verg. 3.2.20 (het latere 3:58 BW, JEJ) voor aanspraken van de oorspronkelijk rechthebbende op het goed veilig zijn, hun recht zouden kunnen verliezen alleen omdat de hoofdgerechtigde vervolgens afstand van de verjaring doet, waarmee zij zelfs niet bekend behoeven te zijn.'

62 Zie bijvoorbeeld F.H.J. Mijnsen, P. De Haan, C.C. van Dam, Asser 3-I Goederenrecht, Deventer 2006, nr 441; W.H.M. Reehuis, A.H.T. Heisterkamp, Goederenrecht, 13e druk Deventer 2012, nr 348; J.B. Spath, Zaaksvervanging, Deventer 2010, p. 189; S.E. Bartels, A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), Asser 3-IV Algemeen goederenrecht, 16e druk Deventer 2013, nr 560; H.J. Snijders (H.J. Snijders, E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht 4e druk Deventer 2007, nr 256) verdedigt op grond van deze passage uit de wetsgeschiedenis een iets andere opvatting. Hij stelt dat verkrijgende verjaring niet per definitie terugwerkende kracht heeft, maar alleen dan wanneer er grond is voor bekrachtiging. Onaantrekkelijk aan de opvatting van Snijders is dat verkrijgende verjaring soms wel en soms geen terugwerkende kracht heeft. Dat komt de rechtszekerheid en de overzichtelijkheid niet ten goede.

63 MvA bij art. 3.5.15 (art. 3:121), Parlementaire Geschiedenis boek 3, p. 453.

64 Zie hierover naar Frans recht hierboven in nr 3.

te lopen met de verkrijging van het bezit, maar pas een dag later. Als verkrijgende verjaring terugwerkende kracht zou hebben tot het ogenblik van bezitsverkrijging, zou de bezitter achteraf gezien al eigenaar zijn voordat de verjaringstermijn begon te lopen. Bovendien is het de vraag tot welk ogenblik de verkrijging terugwerkt als de bezitter het bezit gedurende de verjaringstermijn verloren is, maar het weer heeft terug gekregen. Volgens artikel 3:103 onderbreekt onvrijwillig bezitsverlies de loop van de verkrijgende verjaring van artikel 3:99 niet als de gewezen bezitter het bezit binnen een jaar terugkrijgt. Tot welk ogenblik moet zijn latere verkrijging door verjaring in zo'n geval terugwerken? Een voorbeeld:

B is sinds 1 januari 2014 bezitter te goeder trouw van een aan A toebehorende ring. Na een jaar verliest hij het bezit aan C. Zes maanden later, op 1 juli 2015 verkrijgt B opnieuw het bezit.

B voltooit volgens de artikelen 3:99 en 3:103 de verjaring als hij de ring onafgebroken bezit tot 2 januari 2017. Tot welk ogenblik werkt zijn verkrijging dan terug? Tot 1 januari 2014, of tot 1 juli 2015? Voor het Franse recht betoogt Merlin dat de verkrijging in zo'n geval terugwerkt tot het ogenblik van de tweede bezitsverkrijging.⁶⁵ Zou naar Nederlands recht op grond van artikel 3:103 gelden dat B's verkrijging terugwerkt tot het ogenblik van zijn eerste bezitsverkrijging? Soortgelijke vragen rijzen wanneer er opvolgingen onder bijzondere titel hebben plaatsgevonden gedurende de verjaringstermijn. De opvolger onder bijzondere titel die bij zijn bezitsverkrijging te goeder trouw is zet volgens artikel 3:102 lid 2 een lopende verjaring voort. Werkt zijn eventuele latere verkrijging door verjaring terug tot het ogenblik van zijn bezitsverkrijging, of tot het ogenblik dat zijn voorganger het bezit verkreeg?⁶⁶ Ook bij verkrijgingen ex artikel 3:105 roept de terugwerkende kracht vragen op. Artikel 3:105 koppelt de verkrijging niet aan een onafgebroken periode van bezit, maar aan de verjaring van de rechtsvordering waarmee de eigenaar tegen een bezitter optreedt. Het gaat er dus niet om dat iemand lange tijd bezitter is, maar dat de eigenaar langdurig niet optreedt tegen een bezitter. Als de dief na achttien jaar bestolen wordt door een tweede dief, loopt de verjaring van de revindicatie van de eigenaar verder. De tweede dief verkrijgt na twee jaar de eigendom ex artikel 3:105. Tot welk ogenblik werkt zijn verkrijging terug? Tot het ogenblik dat hij het bezit verkreeg, of tot het ogenblik dat de eerste dief het bezit verkreeg? Al deze vragen verdwijnen als men aanneemt dat een verkrijging door verjaring plaatsvindt op het ogenblik dat de verjaringstermijn verstrijkt.

Een werking *ex tunc* vormt bovendien een ongerechtvaardigde inbreuk op de belangen van

65 A.J. Merlin, *De la prescription acquisitive en droit romain et en droit français*, Parijs 1857, nr 193 (p. 134).

66 Zie P.C. van Es, 'Verkrijging door verjaring: ex nunc of ex tunc?' in: WPNR 6880, p. 257-258, p. 257, nr 4.

de uittredend eigenaar. Zijn belangen staan in de context van verkrijgende verjaring tegenover die van de bezitter en diens verkrijgers.⁶⁷ Als de bezitter te goeder trouw is, wijken de belangen van de uittredend eigenaar en diens verkrijgers als dat bezit drie of tien jaar heeft bestaan. Als de bezitter niet te goeder trouw is, wijken de belangen van de uittredend eigenaar en diens verkrijgers als gedurende twintig jaar een ander dan de eigenaar bezitter is. De uittredend eigenaar is gedurende de verjaringstermijn geen bezitter, maar blijft eigenaar. De verjaringstermijn is erop afgestemd hem een mogelijkheid te geven het verlies van zijn recht te voorkomen door de zaak op te sporen en de verjaring te stuiten. Zijn bevoegdheden zijn evenwel niet beperkt tot het houden van zo'n zoektocht (vgl. artikel 5:1). De uittredend eigenaar kan de zaak gedurende de gehele verjaringstermijn in eigendom overdragen aan een derde (zoals een verzekeringsmaatschappij). De levering geschiedt dan per akte (3:95). Hij kan de zaak ook met een beperkt recht bezwaren, zoals een stil pandrecht (3:237). Dat zal niet vaak voorkomen. Het kan wel. Als de stille pandhouder de zaak vervolgens opspoort voordat de verjaringstermijn is verstreken en de verjaring stuit, overleeft zijn beperkte recht blijkens de wetsgeschiedenis een latere verkrijging door verjaring door de bezitter. Het doet er hierbij niet toe of het bezit ouder is dan het beperkte recht. Het bezit is immers geen goederenrechtelijk recht zodat de *prior tempore* regel zou gelden om de verhouding met andere goederenrechtelijke rechten te bepalen. De Toelichting Meijers bevestigt een en ander:

'In het ontwerp wordt niet in bijzonderheden behandeld, wat het gevolg is wanneer op het door verjaring of door toepassing van het onderhavige artikel (artikel 3:105, JEJ) verkregen goed beperkte rechten rusten. De algemene, aan de regeling der verjaring ten grondslag liggende beginselen, geven voor de verschillende gevallen, duidelijk de oplossing aan; het onbezwaard zijn kan als een afzonderlijk goed worden verkregen. Heeft derhalve de verkrijger het goed bezeten met eerbiediging dezer beperkte rechten, dan blijven deze rechten ondanks zijn verkrijging van het goed voortbestaan. Heeft de verkrijger daarentegen deze rechten niet gekend en berust zijn verkrijging op art. 3.4.3.1 (het huidige 3:99) dan verkrijgt de bezitter het goed onbezwaard, wanneer de beperkt gerechtigde tijdens de loop der verjaring geen daad van stuiting heeft verricht. Heeft ten slotte de bezitter het goed verkregen door het te niet gaan van de opeisingsvordering, dan is beslissend of ook de vordering van de tot het beperkte recht gerechtigde is verjaard; is dit niet het geval, dan blijft dit recht bestaan.'⁶⁸

Een voorbeeld:

⁶⁷ W.H.M. Reehuis, A.H.T. Heisterkamp, Goederenrecht, 12e druk Deventer 2006, nr 329: 'Zij (verkrijgende verjaring, JEJ) is het resultaat van de afweging van twee belangen: wat verdient bescherming, de rechtszekerheid betrokken bij de erkenning als rechtstoestand van een geruime tijd bestaande feitelijke toestand of het belang van de oorspronkelijk gerechtigde en diens rechtsopvolgers bij behoud van hun recht.'

⁶⁸ TM bij art. 3.4.3.8 (3:105), Parlementaire Geschiedenis boek 3, p. 417.

VERKRIJGENDE VERJARING

B steelt A's ring en schenkt hem aan de *bona fide* C. A vestigt na C's bezitsverkrijging een stil pandrecht op de ring ten behoeve van D. C voltooit vervolgens de verjaring.

Blijkens de hierboven geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis is het zowel mogelijk dat C de bezwaarde eigendom krijgt, als dat C de onbezwaarde eigendom krijgt. C verkrijgt de bezwaarde eigendom als hij de zaak bezit onder eerbiediging van D's pandrecht, of als de pandhouder tijdens de verjaringstermijn de zaak onder C opeist en C de verjaring desalniettemin voltooit. Het enigszins onwaarschijnlijke geval dat C de bezwaarde eigendom verkrijgt, maakt duidelijk dat verkrijgende verjaring niet *ex tunc* werkt. Dat geval is onwaarschijnlijk omdat de pandhouder de zaak op zal eisen om haar ter executie over te dragen aan een derde.⁶⁹ C zal de verjaring daarom doorgaans niet voltooiën. Als hij dat wel doet, verkrijgt C de eigendom van een aan D verpande ring. C verkrijgt de eigendom dus *ex nunc*. Als C's verkrijging immers terug zou werken tot het ogenblik van zijn bezitsverkrijging, is alleen onbezwaarde eigendomsverkrijging mogelijk. A was dan immers als gevolg van C's verkrijging *ex tunc* niet beschikkingsbevoegd toen hij het stille pandrecht vestigde. Het aannemen van terugwerkende kracht vormt een inbreuk op de rechten van de uittredend eigenaar en diens verkrijgers die niet in overeenstemming is met de wetsgeschiedenis.

De uittredend eigenaar kan nog gedurende de gehele verjaringstermijn een geldig beperkt recht vestigen. Hij doet door dat te doen geen afbreuk aan de positie van de bezitter: de bezitter blijft op weg om de onbezwaarde eigendom te verkrijgen. De beperkt gerechtigde leidt zijn recht af van de uittredend eigenaar. Dat betekent dat hij het voortbestaan van zijn recht slechts kan bewerkstelligen als hij erin slaagt de zaak op te eisen binnen de *reeds lopende* verjaringstermijn. Hij stuit dan, zie het hierboven weergegeven citaat, de reeds lopende verjaring om onbezwaard eigenaar te worden. De uittredend eigenaar kan de verjaringstermijn dus niet verlengen door vlak voor het verstrijken van de verjaringstermijn nog een beperkt recht te vestigen.

Dat geldt niet alleen voor een verkrijging ex artikel 3:99, maar ook voor een verkrijging ex artikel 3:105. Meijers suggereert in de hierboven weergegeven passage uit zijn Toelichting dat voor een verkrijging ex artikel 3:105 een ander regime geldt. Hij schrijft dat om te bepalen of een beperkt recht een verkrijging ex artikel 3:105 overleeft, bekeken moet worden of de rechtsvordering van de beperkt gerechtigde verjaard is. Dat zou bij een *ex nunc* werkende verkrijgende verjaring tot het merkwaardige resultaat leiden dat de bestolene onbezwaarde eigendomsverkrijging door een dief met geduld flink kan uitstellen. De bestolene vestigt daartoe bijna twintig jaar na de diefstal een stil recht van vruchtgebruik, de vruchtgebruiker vestigt na weer bijna twintig jaar een stil pandrecht, de

⁶⁹ Zie daarover voor het oude recht A. Pitlo, T.R. Hidma, *Bewijs en verjaring*, 4^e druk Arnhem 1981, p. 225 e.v. Zie ook hierboven aan het begin van deze paragraaf.

pandhouder vestigt na weer bijna twintig jaar een herpandrecht (3:242). Dat is onwenselijk omdat het de vereniging uitstelt van feit (bezit als onbezwaard eigenaar) en recht (onbezwaarde eigendom). Het valt verder niet in te zien waarom de uittredend eigenaar na twintig jaar de bezitter niet meer kan aanspreken, maar zijn verkrijgers dat wel zouden kunnen.

Noopt dit alles ertoe aan te nemen dat een verkrijging door verjaring terugwerkende kracht heeft? Dat lijkt mij niet. De passage uit de Toelichting Meijers is wat betreft een verkrijging ex artikel 3:105 onjuist. Zij is gebaseerd op de gedachte dat een verkrijging ex artikel 3:105 geen verkrijging door verjaring is, maar een eigendomsverkrijging *sui generis*. Meijers ging in zijn Ontwerp van die gedachte uit. Hij spreekt in het citaat hierboven daarom van verkrijgende verjaring (het latere artikel 3:99) *of* een verkrijging door (het latere) artikel 3:105. In zijn ontwerp bestonden enkele verschillen tussen een verkrijging ex artikel 3:99 en een verkrijging langs de weg van artikel 3:105. Zo gold zoals wij zagen een verschillend regime om te bepalen of beperkte rechten een verkrijging ex artikel 3:99 of 3:105 konden overleven. Degene die door artikel 3:99 eigenaar werd, kon in Meijers' ontwerp afstand doen van die verkrijging (het later vervallen art. 3.4.3.7). Voor een verkrijging ex artikel 3:105 gold iets anders: degene die een verkrijging ex artikel 3:105 niet wenste, deed volgens Meijers afstand van het beroep dat de opeisingsvordering teniet was gegaan door verjaring.⁷⁰ Hieruit volgt dat Meijers de verkrijging van artikel 3:105 niet beschouwde als een verkrijging die vanzelf (*ipso iure*) werkte, maar als een verkrijging die geschiedde doordat de bezitter een verweermiddel opwierp (*ope exceptionis*). De wetgever neemt op twee van deze punten afstand van Meijers. Artikel 3:105 werkt van rechtswege, het doet er niet toe of de bezitter een beroep doet op de verjaring van de revindicatie.⁷¹ Een verkrijging ex artikel 3:105 is volgens de wetgever bovendien een verkrijging door verjaring.⁷² De rechtszekerheid die de figuur van verkrijgende verjaring dient, is hierdoor gediend.⁷³

Het ligt gezien het bovenstaande voor de hand dat ook het afwijkende regime dat volgens Meijers gold om te bepalen of een beperkt recht een verkrijging ex artikel 3:105 kon over-

⁷⁰ TM bij art. 3.4.3.8 (3:105), Parlementaire Geschiedenis boek 3, p. 417.

⁷¹ MvA bij art. 3.4.3.8 (3:105), Parlementaire Geschiedenis boek 3, p. 419: '(...) dat de verkrijging door verjaring ingevolge artikel 8 (art. 3:105) of het tenietgaan van het beperkte recht door verjaring ingevolge artikel 8a (3:106) plaats vindt, onverschillig of op de verjaring uit artikel 3.11.15a (3:314: de bevrijdende verjaring van de revindicatie, JEJ) een beroep is gedaan.'

⁷² MvA bij art. 3.4.3.8 (3:105), Parlementaire Geschiedenis boek 3, p. 419: 'De verkrijgende verjaring treedt bij de nieuwe redactie van lid 1 wanneer (...).' Dat de verkrijging ex artikel 3:105 een verkrijging door verjaring is, volgt ook uit het opschrift van de titel 'verkrijging en verlies door verjaring'.

⁷³ A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Asser 6-II* De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte, 13e druk Deventer 2009, nr 391; zie ook S.E. Bartels, A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), Asser 3-IV Algemeen goederenrecht, 16e druk Deventer 2013, nr 559.

leven niet langer geldt. Dat betekent dat de regels die gelden om te bepalen of een beperkt recht een verkrijging ex artikel 3:99 kan overleven, ook gelden voor een verkrijging ex artikel 3:105.⁷⁴ Ook een verkrijging ex artikel 3:105 is immers een verkrijging door verjaring. De uittredend eigenaar is tegenover een bezitter te kwader trouw dus nog twintig jaar beschikkingsbevoegd. Als hij in die twintig jaar een beperkt recht vestigt, kan zo'n beperkt gerechtigde het tenietgaan van zijn recht voorkomen door de zaak binnen de reeds lopende termijn van twintig jaar van de bezitter op te eisen.⁷⁵

6 Een gedifferentieerd stelsel van verkrijgende verjaring?

Zou het niet wenselijk zijn aan te nemen dat een verkrijging door verjaring soms terugwerkende kracht heeft en soms niet? Suijling huldigde onder het oude recht zo'n opvatting. Een werking *ex nunc* lijkt gerechtvaardigd als de verkrijgende verjaring beschermt tegen beschikkingsonbevoegdheid: de uittredend eigenaar heeft de zaak dan immers niet aan de bezitter overgedragen. Hij blijft daarom gedurende de verjaringstermijn bevoegd om over zijn zaak te beschikken. Dat speelt niet wanneer de verkrijgende verjaring een leveringsgebrek repareert. We zagen hierboven in nr 2 dat er bij de Romeinsrechtelijke *usucapio a domino* goede redenen waren aan te nemen dat de verkrijgende verjaring partijen in de toestand brengt alsof de overdracht op correcte wijze had plaatsgevonden. De verkrijging heeft dan terugwerkende kracht. Waarom zou de eigendomsverkrijging van de koper van een registergoed *ex nunc* plaatsvinden als hij bezitter te goeder trouw was en geen eigenaar omdat de notaris een ongeldige akte had ingeschreven? Dezelfde vraag rijst als de koper van een onroerende zaak aan zijn rechtsverhouding met de verkoper de bevoegdheid ontleent die zaak in bezit te nemen en zo het bezit verkrijgt.⁷⁶ Er is in zulke gevallen geen reden aan te nemen dat de vervreemder nog gedurende de verjaringstermijn beschikkingsbevoegd blijft. Zowel de vervreemder als de verkrijger hebben zich gedragen alsof de eigendomsoverdracht was geslaagd: zij hebben hun gedrag daarop beiden afgestemd.⁷⁷ Dit argument vind ik niet sterk. De vervreemder zal er in dit soort gevallen niet toe overgaan over de zaak te

74 Volgens P.C. van Es is het goed verdedigbaar om van het door Meijers geschetste systeem af te wijken. Volgens hem verkrijgt de bezitter de onbezwaarde eigendom als gedurende twintig jaar sprake was van het bezit als onbezwaard eigenaar, 'Reactie', in: WPNR 6887 (2011), p. 423-424, p. 424 onder nr ii.

75 Zie in gelijke zin voor het Duitse recht hierboven in nr 4 de opvatting van Naendrup en in nr 5 voor het oude recht hierboven Pitlo.

76 Zie HR 9 september 2011 (Leune Bouw/Hoogheemraadschap Schieland en Krimpenerwaard) ECLI:NL:HR:2011:BQ5989.

77 Soortgelijke argumenten worden in de literatuur genoemd om de terugwerkende kracht van de bekrachtiging te rechtvaardigen, zie daarover hieronder in nr 7 en bijvoorbeeld het opstel van A.S. Hartkamp, 'Bekrachtiging van nietige rechtshandelingen in het nieuwe Burgerlijk Wetboek' in: Non sine causa (G.J. Scholten bundel) Zwolle 1979, p. 117-134.

beschikken, waartegen terugwerkende kracht zou beschermen.

Sommige Belgische auteurs bepleiten zoals wij hiervoor zagen (in nr 4) een ander criterium om de terugwerkende kracht te bepalen van een verkrijging door verjaring: de goede trouw. De bezitter te goeder trouw die door verjaring eigenaar wordt verkrijgt *ex tunc*, de bezitter niet te goeder trouw *ex nunc*. Reehuis merkt in deze zin voor het Nederlandse recht op dat het geforceerd is aan te nemen dat een verkrijging ex artikel 3:105 terugwerkt.⁷⁸ De bezitter te goeder trouw denkt immers van meet af aan dat hij eigenaar is (art. 3:118), zal de zaak als eigenaar hebben verzekerd, belasting hebben betaald als eigenaar *et cetera*. Dit alles speelt bij een verkrijging ex artikel 3:105 niet: de bezitter te kwader trouw weet dat hij geen eigenaar is. Het Ontwerp Meijers bood een opening om een onderscheid te maken tussen *bona fide* en *mala fide* bezit. Meijers onderscheidde de verkrijgingen van de artikelen 3:99 en 3:105 van elkaar. Dat effent het pad naar een gedifferentieerde benadering waarin het belang van de bezitter te goeder trouw zwaarder weegt zodat zijn verkrijging door verjaring terugwerkt, en dat van de bezitter te kwader trouw minder zwaar zodat zijn verkrijging *ex nunc* werkt. De wetgever heeft deze route evenwel afgesloten doordat hij de verkrijgingen ex artikel 3:99 en ex artikel 3:105 beide als verkrijgende verjaring beschouwt. Een gedifferentieerde benadering past bovendien slecht bij de rechtszekerheid die de verkrijgende verjaring dient. Die is niet gebaat bij een verkrijgende verjaring die soms terugwerkende kracht heeft en soms niet.⁷⁹ Zowel een verkrijging ex artikel 3:99 als een verkrijging ex artikel 3:105 werkt *ex nunc*. Dit is in overeenstemming met de artikelen over de berekening van de verjaringstermijn, met de wetsgeschiedenis en doet bovendien recht aan de belangen van de uittredend eigenaar en diens verkrijgers.

7 Epiloog: *Ex nunc* werkende verkrijgende verjaring en bekrachtiging (3:58 BW)

De prijs die daarvoor van de zijde van de bezitter en diens verkrijgers betaald moet worden, is dat beperkte rechten die de bezitter gedurende de verjaringstermijn heeft gevestigd niet gevestigd zijn door een beschikkingsbevoegde, maar slechts kunnen ontstaan door bekrachtiging. Dit betekent dat het door de bezitter gedurende de verjaringstermijn gevestigde beperkte recht niet ontstaat als de bezitter tijdens de voltooiing van de

⁷⁸ W.H.M. Reehuis, A.H.T. Heisterkamp, Goederenrecht, 13e druk Deventer 2012, nr 348.

⁷⁹ Zou in zo'n gedifferentieerde benadering bijvoorbeeld een onderscheid moeten worden gemaakt tussen bezitters te goeder trouw a non domino (zoals degene aan wie de dief de buit schenkt) en bezitters te goeder trouw a domino? Problematisch is verder dat de bezitter te goeder trouw langs de weg van artikel 3:105 rechthebbende kan worden.

verjaring failliet is.⁸⁰ Voor het overige doet artikel 3:58 recht aan de belangen van zowel de uittredend eigenaar en diens verkrijgers, als de belangen van de bezitter en diens verkrijgers. Het artikel past in het hierboven geschetste stelsel van bezwaarde of onbezwaarde eigendomsverkrijging door verjaring. Een voorbeeld:

A steelt B's ring. A vestigt een stil pandrecht op de ring ten behoeve van C. B, die nog niet op de hoogte is van de diefstal, vestigt even later een stil pandrecht ten behoeve van D. Korte tijd later sterft B, zijn enig erfgenaam is dief A. A aanvaardt de erfenis.

Ontstaat het door de beschikkingsonbevoegde A gevestigde stille pandrecht op het ogenblik dat A door erfopvolging eigenaar wordt van de ring door bekrachtiging? Artikel 3:58 lid 1 eist dat de onmiddellijk belanghebbenden de verpanding als geldig hebben aangemerkt. Juist omdat alle onmiddellijk belanghebbenden de handeling als geldig aanmerkten, is het niet bezwaarlijk aan te nemen dat het pandrecht van C met terugwerkende kracht ontstaat. Bekrachtiging heeft volgens de wetgever namelijk terugwerkende kracht.⁸¹ In dit geval is de terugwerkende kracht van de bekrachtiging onwenselijk: als het pandrecht van C met terugwerkende kracht ontstaat, is het op grond van de *prior tempore* regel sterker dan het pandrecht van D. Artikel 3:58 lid 1 voorkomt dit onwenselijke resultaat. De eigenaar en zijn rechtsverkrijgers zijn volgens de wetsgeschiedenis onmiddellijk belanghebbenden die de verpanding door de beschikkingsonbevoegde als geldig moeten hebben aangemerkt, wil sprake kunnen zijn van bekrachtiging.⁸² De eigenaar heeft in het voorbeeld een beperkt recht gevestigd dat met het door de beschikkingsonbevoegde gevestigde beperkte recht onverenigbaar is. Beide pandhouders zullen immers stellen dat zij het hoogst gerangschikte pandrecht op de zaak hebben. Van eigenaar B en pandhouder D kan daarom niet gezegd worden dat zij de verpanding door de beschikkingsonbevoegde als geldig hebben aangemerkt. Verhindert dit het ontstaan van een zekerheidsrecht voor C door bekrachtiging? Nee. Volgens artikel 3:58 lid 3 behoeven inmiddels verkregen rechten van derden niet aan bekrachtiging in de weg te staan, indien zij worden geëerbiedigd. Dat betekent dat C's pandrecht door bekrachtiging met terugwerkende kracht ontstaat, maar dat het later gevestigde pandrecht van D geëerbiedigd moet worden. D heeft dus een hoger gerangschikt zekerheidsrecht alhoewel zijn pandrecht op een later tijdstip tot stand kwam. Artikel 3:58 lid 3 maakt zo een uitzondering op de

80 Hof Den Haag, 20 januari 1988, NJ 1989, 694; zie verder (met verwijzingen) J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken*, Deventer 2007, p. 212-213; Vgl. S.E. Bartels, A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Asser 3-IV Algemeen goederenrecht*, 16e druk Deventer 2013, nr 560.

81 Zie bijvoorbeeld Toelichting Meijers bij art. 3.2.20 (art. 3:58), *Parlementaire Geschiedenis* boek 3, p. 248: 'd.w.z zij wordt geacht steeds geldig te zijn geweest', en ook in de MvA bij het artikel: 'Ook dan zal de rechtshandeling als bekrachtigd kunnen worden beschouwd en zo geacht moeten worden tot stand te zijn gekomen op het tijdstip dat zij –hoewel zonder inachtneming van de voorgeschreven vormen- oorspronkelijk verricht is.' Zie ook op p. 250: 'Eerst door de bekrachtiging komt deze immers definitief –met terugwerkende kracht- tot stand.'

82 MvA bij art. 3.2.20 (art. 3:58), *Parlementaire Geschiedenis* boek 3, p. 249.

prior tempore regel die noodzakelijk is om vast te houden aan de terugwerkende kracht van bekrachtiging.⁸³

Van Schaick vindt toepassing van artikel 3:58 lid 3 een onwenselijk gevolg van een *ex nunc* werkende verjaring. Hij ziet niet in waarom rechten die de uittredend eigenaar gevestigd heeft tijdens de verjaringstermijn per definitie geëerbiedigd zouden moeten worden.⁸⁴ Dit bezwaar is niet gegrond. Artikel 3:58 lid 3 werkt in de context van een verkrijging door verjaring namelijk anders dan in het hierboven geschetste geval van bekrachtiging. Als de beschikkingsonbevoegde eigenaar wordt van de zaak doordat de eigenaar hem beërft, is er geen enkele reden beperkte rechten die de eigenaar intussen heeft gevestigd teniet te laten gaan. Daarom dicteert artikel 3:58 lid 3 dat zij blijven bestaan. Dit uitgangspunt geldt echter niet als de beschikkingsonbevoegde eigenaar wordt door verjaring. Of beperkte rechten die de uittredend eigenaar gevestigd heeft de eigendomsverkrijging door verjaring door de bezitter overleven, wordt niet bepaald door artikel 3:58 lid 3, maar door de regels van het leerstuk van verjaring. Beperkte rechten die de uittredend eigenaar gevestigd heeft, overleven de eigendomsverkrijging door verjaring -zoals wij hierboven zagen- als de bezitter de zaak bezat onder eerbiediging van het beperkte recht⁸⁵, of als de beperkt gerechtigde de zaak binnen de lopende verjaringstermijn

83 De terugwerkende kracht van bekrachtiging is in de Nederlandse literatuur omstreden. Bijl bepleit bijvoorbeeld aan te nemen dat bekrachtiging *ex nunc* werkt, (het huidige) artikel 3:58 lid 3 kan dan worden gemist, L.C. Bijl, 'Convalescentie in verband met levering van toekomstige goederen naar NBW' in: WPNR 5827 (1987), p. 249-254; Andere critici van de terugwerkende kracht van bekrachtiging zijn G.H. Potjewijd, bekrachtiging en convalescentie, Deventer 2002, p. 89-91; W.J. Zwolve, 'Bekrachtiging en convalescentie van nietige rechtshandelingen' in: Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren (preadviezen KNB) Den Haag 2003, p. 13-64, p. 52; H.C.F. Schoordijk, 'Convalescentie en levering van toekomstige goederen naar nieuw BW', in: NJB 1986, p. 579-581; J.A.J. Peter, Levering van roerende zaken, Deventer 2007, p. 210; Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, Deventer 1988, p. 374-375; A.S. Hartkamp en W. Snijders verdedigen de terugwerkende kracht van bekrachtiging, zie het voorwoord van Hartkamp bij het preadvies van Zwolve, op p. 10 en zie W. Snijders, 'Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren (bespreking van het gelijknamige preadvies)' in: WPNR 6547 (2003), p. 697-709, nrs 6 en 7; Zie ook Hartkamps 'Bekrachtiging van nietige rechtshandelingen in het nieuwe Burgerlijk Wetboek' in: Non sine causa (G.J. Scholten bundel) Zwolle 1979, p. 117-134. Ik verwijs uitvoerig naar deze discussie omdat zij veel gelijkenis vertoont met de discussie over de terugwerkende kracht van verkrijging door verjaring. Het verschil is dat de wetgever blijkens de wetsgeschiedenis voor bekrachtiging onomstotelijk gekozen heeft voor terugwerkende kracht, maar voor verkrijgende verjaring niet.

84 A.C. van Schaick, 'De terugwerkende kracht van verkrijgende verjaring', WPNR 6887 (2011), p. 421-422, onder c.

85 Zoiets doet zich niet vaak voor. Een voorbeeld: A koopt van B een woonerf met tuin. C is gerechtigde tot een erfdienstbaarheid op dat erf. Als gevolg van een fout van de notaris wordt A bezitter te goeder trouw van het woonerf. Hij respecteert de uitoefening van de erfdienstbaarheid door C. Tien jaar later verkrijgt A door verjaring de eigendom van het erf, bezwaard met de erfdienstbaarheid. Het doet er in zulke gevallen niet veel toe of A's eigendomsverkrijging terugwerkt tot het ogenblik van zijn bezitsverkrijging of niet: de erfdienstbaarheid dateert van voor de start van de verjaringstermijn en overleeft daarom A's verkrijging door verjaring (gesteld dat A de zaak bezit als belast met een servituut).

heeft opgeëist. Als de regels van verkrijgende verjaring leren dat beperkte rechten de eigendomsverkrijging door verjaring overleven, is sprake van inmiddels verkregen rechten in de zin van artikel 3:58 lid 3. Als de beperkte rechten die de uittredend eigenaar vestigde door de eigendomsverkrijging door verjaring teniet gaan, is geen sprake van inmiddels verkregen rechten: die rechten gaan dan als gevolg van de verkrijging door verjaring juist teniet.⁸⁶

B steelt A's ring en schenkt hem aan de *bona fide* C. C vestigt een stil pandrecht op de ring ten behoeve van E. A, nog onkundig van de diefstal, vestigt daarna een stil pandrecht op de ring ten behoeve van D. C is na drie jaar onafgebroken bezit van de ring eigenaar door de verkrijgende verjaring van artikel 3:99.

Uit artikel 3:58 lid 3 volgt niet dat C per definitie de bezwaarde eigendom van de ring verkrijgt. Artikel 3:58 zou dan strijdig zijn met de hierboven geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis over de verkrijging door verjaring van de bezwaarde of de onbezwaarde eigendom. De omvang van C's eigendomsverkrijging is blijkens die passage afhankelijk van de omvang van zijn bezit en het antwoord op de vraag of de uittredend eigenaar en diens eventuele verkrijgers de verjaring tijdig hebben gestuit. Als uittredend eigenaar A noch pandhouder D de ring tijdens de verjaringstermijn opeist en C de ring als onbezwaard eigenaar bezit, verkrijgt C dus de onbezwaarde eigendom. Het zekerheidsrecht van D is dan geen 'inmiddels verkregen recht van een derde' meer in de zin van artikel 3:58 lid 3. Het zekerheidsrecht van D kan daarom niet in de weg staan aan het ontstaan van E's zekerheidsrecht door bekrachtiging. Op het ogenblik dat C de verjaring voltooit en onbezwaard eigenaar wordt, vindt plaats wat Eggens een samenvaal noemde.⁸⁷ Op het ogenblik dat C de verjaring voltooit, 1. verkrijgt C krachtens de regels van de verkrijgende verjaring *ex nunc* de onbezwaarde eigendom, daarmee 2. gaat D's zekerheidsrecht teniet. Op datzelfde ogenblik 3. verkrijgt E daarom door bekrachtiging 3:58 *ex tunc* een pandrecht.

J.E. Jansen⁸⁸

Groningen

⁸⁶ Zo ook P.C. van Es, 'Reactie' in: WPNR 6887 (2011), p. 423-424, onder nr 7. Hij spreekt van de zuiverende werking van de verkrijgende verjaring.

⁸⁷ J. Eggens, 'Samenvaal van momenten in rechtshandelingen', in: Themis (1930), p. 409-448, onlangs afgedrukt en in T.F. Booms (red.), 'Een man een man, een woord een woord', Overveen 2014, p. 118-144, en van commentaar voorzien in diezelfde bundel door S.E. Bartels, 'Eggens' samenvaal', p. 145-153.

⁸⁸ J.E. (Jelle) Jansen is universitair hoofddocent Romeins recht aan de Rijksuniversiteit Groningen en bijzonder hoogleraar bijzondere aspecten van het privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

